distracta est, *nisi emptori displicuisset*, pignus finiri non putet. Es ist offenbar ein Versehen, wenn **Thibaut** (S. 367) diese Worte so erklärt, als stände: „*nisi venditori displicuisset.*“ — Uebrigens ist diese Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz hier und dort sehr gerecht. Denn hängt die Resolution von des Käufers Willkühr ab, so beweist er z. B. durch die Pfandbestellung, daß er wenigstens gegen den Pfandnehmer keinen Gebrauch davon machen wolle; eben so liegt darin, daß der Schuldner dem A ein Pfandrecht gibt, die Zusage, daß er eine Bedingung nicht erfüllen wolle, wodurch das alsdann eintretende Pfandrecht des B dem seinigen vorspringen würde.

X.

Beiträge zu der Lehre von der Beweisfrist und der Berechnung derselben.

Von dem

Herrn Dr. Gesterding, Professor zu Greifswalde.

---

§. I.

Der römische Prozeß kennt keine vom Gesetz oder Richter vorgeschriebene Beweisfrist. Einmal findet sich nichts von einer solchen im römischen Recht; wohl aber erhellet aus L. 1. C. de dilat., daß auf Verlangen Frist, Beweise beizubringen, vom Richter bewilligt ward. — Ich traue dieser Auslegung um so mehr, da ich bei Leyser [1], welcher aus dieser Stelle das Gegentheil zu beweisen sucht, finde, daß auch Andere die Stelle so verstanden haben. — Jenes scheint

---

1) Spec. 258. med. 2.

zwar eine vorgeschriebene Frist vorauszusetzen; und das ist es auch etwa, was Leyser gegen jene Erklärung einwendet. Er sagt nämlich: Equidem aliqui, in hac lege non de ipso termino probatorio, sed de *prorogatione* et *dilatione* ejus sermonem esse, existimant. Verum, quid opus fuisset, dilationis tempora coarctari, judicique severissime, ne illa excedat, interdici, si ipse terminus probatorius in infinitum patuisset. Freilich, warum soll man Frist bitten, wenn dem Beweise kein Ziel gesetzt ist! Das ist eine sehr natürliche Vorstellung.

Die Wahrheit jenes Satzes ergibt sich zweitens aus der römischen Verfahrungs-Ordnung. Bei unsern Gerichten, wenn die streitenden Theile über die Thatsachen nicht einig sind, erkennt der Richter im Urtheil, wer zu beweisen habe, und was zu beweisen sey. Das ist so der Gebrauch bei uns. Gemeinrechtliche Gesetze gibt es darüber meines Wissens nicht; es hat sich von selbst gebildet, und entspringt aus einer Quelle, die im teutschen Prozeß sehr reichlich fließt aus der Natur der Sache und aus dem Grundsatz der Zweckmäßigkeit. Daß es hiermit im römischen Prozeß ebenso wie bei uns gehalten sey, davon, glaube ich, kann man mit ziemlicher Sicherheit das Gegentheil annehmen. Wahrscheinlich gehörte es zur Ausmittelung des streitigen Facti oder zur Instruction der Sache bei dem Judex, als noch ein solcher bestellt ward, m. a. W. zu demjenigen, was wir das erste Verfahren nennen, daß die streitenden Theile über ihre Behauptungen, sey es von freien Stücken, sey es nach Aufforderung des Richters, Beweise beibrachten, Zeugen aufstellten, Urkunden vorlegten u. s. w., ein Verfahren, was die Frage: wem von beiden die Last des Beweises obliege, nicht eben unnöthig macht. Es ward also im römischen Prozeß nicht auf Beweis erkannt, wie es bei uns geschieht. Dieß wird schon dadurch wahrscheinlich, daß im römischen Recht von einem Urtheil, worin auf Beweis erkannt oder zu erkennen wäre, meines Wissens keine Spur vorkömmt, und besonders, weil ein Verfahren der vorher angeführten

Art der Einfachheit der alten Zeit am angemessensten zu seyn scheint. Auch kann hiefür zur Bestätigung dienen, was Sigonius [2]) lehrt, dem wohl Niemand das Recht streitig machen wird, in Sachen dieser Art seine Stimme abzugeben. Cum autem litigatores sive patroni eorum jussi essent dicere, tum vero duobus modis dixerunt, uno paucis, altero pluribus verbis. — *Causa vero acta ita est, ut testibus literis et argumentis ex ipsa re, qua de agebatur, depromtis utrinque certatum sit* [3]).

Weit bin ich davon entfernt, ein solches Verfahren zu loben, als müsse man zu dem ersten rohen Anfang zurückkehren; indessen erhellet doch hieraus, daß im römischen Recht von einer vorgeschriebenen Beweisfrist nicht füglich die Rede seyn konnte. Dagegen, wenn es an der Zeit war, daß die streitenden Theile ihre Behauptungen mit Beweisen belegten, oder wenn der Richter bei der Untersuchung dergleichen von ihnen begehrte, konnte es sehr leicht seyn, daß jene dazu noch nicht im Stande waren und sich daher genöthigt sahen, den Richter um Frist zu bitten. Diese Frist soll, im Fall sie ihrer bedürfen, ihnen auf Verlangen zugestanden und ihre Dauer nach den Umständen abgemessen werden: so verstehe ich die angeführte Stelle des Codex. Und unter diesen Umständen folgt aus der zu bewilligenden Frist keineswegs der Schluß auf einen vom Gesetz oder Richter vorgeschriebenen Beweistermin, so daß also jener Einwand, wovon oben die Rede war, alles Gewicht verliert.

---

2) *De judiciis. lib. 1. cap. 28.*

3) S. auch die daselbst kurz zuvor angeführte Stelle aus Macrobius (cap. III.), wo Titius von den Richtern seiner Zeit saubere Sachen erzählt. Veniunt (sc. judices) in comitium tristes, jubent dicere, quorum negotium est, narrant, judex testes poscit, *ipsus it minctum: ubi redit, ait, se omnia audivisse*, tabulas poscit, literas inspicit. *Vix prae vino sustinet palpebras.*

Es bleibt folglich dabei, wie das römische Recht keine vorgeschriebene Beweisfrist kennt. Mag aber der Beweis dieses Satzes gelungen seyn, oder mißlungen, so wird der andere Satz, der hier nur gelegentlich vorkam, nämlich daß im römischen Prozeß auf Beweis nicht erkannt ward, um so mehr bemerkt zu werden verdienen, da man in andern Theilen der Prozeßtheorie häufig Gelegenheit haben wird, mit gutem Nutzen davon Gebrauch zu machen.

§. II.

Ehedessen lehrte man: die Beweisfrist fange an zu laufen, **sobald das Urtheil den streitenden Theilen durch den Richter eröffnet worden**, es sey denn, daß ein Rechtsmittel dagegen eingewandt werde, in welchem Fall die Beweisfrist erst von der Zeit an zu berechnen wäre, da das Rechtsmittel erledigt worden [4]).

Späterhin ward die Meinung herrschend: **die Beweisfrist fange nicht eher zu laufen an, als bis das Urtheil rechtskräftig geworden** [5]).

Mir scheint es doch, als ob die verdrängte Meinung die ächte und wahre, und die siegende der angemaßten Herrschaft wiederum zu entsetzen sey. **Koch** wirft den Verfechtern jener

---

4) Also lehrten **Stryk**: Usus mod. lib. 22. tit. 3. §. 8., **Brunnemann**, prov. civ. cap. 18. n. 14., **Balthasar**, diss. de terminis ac fatalibus judicial. eorumque computatione secundum stilum judiciorum Pomeraniae. Gryphisw. 1746. cap. 4. §. 7. imgl. Anhang S. 132 ffg.

5) Ihr sind zugethan **Leyser**, spec. 258. med. 4; **Schaumburg**, Princ. prax. jur. jud. lib. 1. sect. 1. membr. 3. cap. 1. §. 8.; **G. L. Böhmer**, Princ. jur. can. §. 778.; **J. E. Koch**, diss. de initio term. prob. §. 6.; **J. L. Schmidt**, Abhandl. über verschiedene Rechtsmaterien. Bd 2 N. 93; **Danz**, Grundsätze des ordentlichen Prozesses. §. 264.; **Mehlen**, Anleitung zum gerichtl. Prozeß, 1r Theil. §. 256.: **Gönner**, Handbuch des Prozesses, 2te Aufl. Bd. 2te Abh. 37. §. 32. S. 293.

vor, sie hätten ihren Satz nicht bewiesen. Das gilt aber ebenfalls von ihm und den Rechtsgelehrten, die ihm gleich denken. Die Rechtsgelehrten auf beiden Seiten begnügen sich, ihre Sätze, gleich Gesetzgebern, aufzustellen, ohne Gründe dafür anzuführen. Sie fühlen hier nur (sentiunt) und fühlen anders (dissentiunt). Doch, daß ich nicht zuviel sage, bei Balthasar auf der einen und bei Schmidt auf der andern Seite findet sich etwas, was Gründen ähnlich sieht.

Nach gemeinem Recht, sagt Schmidt, wird demjenigen, welchem eine Sentenz gegeben worden, ein Zeitraum von zehn Tagen gestattet, um während derselben bei sich auf das Genaueste überlegen zu können, ob er sich bei der Sentenz beruhigen oder dawider ein Rechtsmittel einwenden will. Also durch die Sentenz binnen der zehn Tage wird ihm noch keine Verbindlichkeit, die Sentenz in demjenigen, was sie ihm befiehlt, zu befolgen, auferlegt. Also durch die bloße Publikation der Sentenz wird mit dieser noch keine verbindliche Kraft Rechtens vereinigt. Zu der Zeit also ist ihm die Sentenz noch kein Gesetz. Denn ein Gesetz entsteht erst durch die Auflage einer Verbindlichkeit. — Soweit mit seinen eigenen Worten Schmidt. —

Die Berufung auf den Satz, „daß die Frist der zehn Tage dem Streiter vor Gericht dazu dienen solle, damit er bei sich überlegen könne, ob er sich bei dem Urtheil beruhigen, oder es anfechten wolle," scheint mir hier am unrechten Ort zu seyn. Das Decendium ist, seiner ursprünglichen Bedeutung nach, ein bloßes spatium deliberandi, das ist wahr, und Justinian, der Erfinder des Decendii, lehrt es deutlich genug [6]. Aber dieser Satz gehört an und für sich gar

6) Nov. 23. cap. 1. Vor Justinian mußte die Appellation binnen 2, oder beziehungsweise 3 Tagen eingelegt werden, je nachdem Jemand im eigenen Namen stritt oder für einen andern. L. 5. in fine D. de app. L. 6. §. 5. C. eod. ibique Auth. Hodie autem. Justinian setzte, statt dessen, in der Nov. 23. cap. 1. ohne Unterschied das Decendium.

nicht hieher. Denn daraus folgt nur, daß der streitende Theil nicht nöthig hat, das Rechtsmittel auf der Stelle einzulegen, sondern daß er zehn Tage lang Frist dazu hat.

Nur in so ferne kann jener Satz hieher gehören, als mit dem Ablauf jener Frist, wenn binnen derselben kein Rechtsmittel eingelegt worden, das Urtheil rechtskräftig wird.

Es ist nämlich die Frage; »ob in der Rechtskraft des Urtheils ein Grund enthalten sey, die Beweisfrist erst mit ihr anfangen zu lassen?« —

Mir scheint es, hier werde die Kraft eines Urtheils mit der Unabänderlichkeit desselben verwechselt. An und für sich tritt ein Urtheil, gleich einem Gesetz, in Kraft, sobald es den streitenden Theilen bekannt gemacht ist; unabänderlich wird es erst, wenn kein Rechtsmittel weiter dagegen statt findet. Ein Rechtsmittel findet nicht weiter statt, wenn überhaupt kein solches mehr zulässig oder darauf Verzicht geleistet, das Urtheil ausdrücklich gebilligt oder binnen der gesetzlich vorgeschriebenen Frist kein Rechtsmittel eingelegt, oder das eingelegte nicht fortgesetzt worden. Wenn dann eine, keiner möglichen Abänderung von Seiten eines Richters weiter unterworfene, abgeurtheilte Sache — res judicata — vorhanden ist, so hat das Urtheil Rechtskraft, d. h. bekanntlich: die Kraft eines Gesetzes erlangt; es gilt unter den Partheien wie ein Gesetz, muß erfüllt und, auf Verlangen des Siegers, in Vollziehung gebracht werden.

Offenbar ist es nun aber gleichgültig, ob der Beweisführer das Urtheil nicht anfechten kann, weil es rechtskräftig geworden, oder ob er es nicht anfechten will. Ihm steht dann kein Hinderniß im Wege, den Beweis sogleich jetzt anzutreten. Ja, wenn der Beweisführer das Urtheil nicht anficht, und es also erfüllen muß: so gehört gerade zur Erfüllung des Urtheils, daß er den Beweis binnen der Frist antritt, die der Richter in diesem Urtheil vorschrieb, und diese ist dann zu berechnen, wie es der Richter meinte, nämlich von dem Augenblicke, da er das Urtheil aussprach, oder m. a. W., von

Zeit der Bekanntmachung des Urtheils. Wir berechnen ja auch in andern Fällen, in welchen der Richter im Urtheil Fristen vorschreibt, z. B. dem Beklagten, zu zahlen, den Anfang dieser Fristen nicht von der Zeit, da das Urtheil Rechtskraft erlangt hat, sondern von der Zeit, da es den streitenden Theilen durch den Richter kund geworden. Hätte der Richter gewollt, die Frist der zehn Tage solle abgerechnet werden, so hätte er dieß ausdrücklich erklären müssen.

Man mögte einwenden, die nicht geschehene Einlegung eines Rechtsmittels innerhalb der zehn Tage enthalte eine stillschweigende Verzichtleistung auf das Rechtsmittel, nach der Ansicht des canonischen Rechts [7]), und wenn bei einer ausdrücklichen Verzichtleistung die Beweisfrist von Zeit derselben an zu berechnen sey, so müsse dasselbe auch von dieser stillschweigenden gelten. Indessen, das ist gerade nicht gesagt, daß es bei der in der Nichteinlegung eines Rechtsmittels enthaltenen Verzichtleistung ebenso sey, wie bei einer wirklichen, und die Verzichtleistung, die hier blos erdichtet wird [8]) — daß hier von keiner wahren die Rede sey, erhellet schon daraus, daß es leicht seyn kann, ein streitender Theil hatte wirklich die Absicht, ein Rechtsmittel einzulegen und er versäumte sich daran — schließt sich natürlicher an den Zeitpunkt des ausgesprochenen Urtheils an.

Wenn es richtig ist, was hier zu beweisen versucht worden, die Beweisfrist fange von Zeit der Publication des Urtheils an, so ist damit zugleich der Satz bewiesen, daß, im Fall gegen das Urtheil ein Rechtsmittel eingelegt und zur Ausführung gebracht, das vorige Urtheil aber bestätigt wird,

---

7) *Cap. 15. X. de sent. et re jud.* — Cum post decem dierum spatium sententia in auctoritatem rei judicatae transeat, qui ad provocationis subsidium intra id temporis non recurrit, adpellandi sibi aditum denegaverit *et per hoc videatur per interpretationem juris latae sententiae paruisse.*

8) *G. L. Boehmer*, Princ. jur. can. §. 823.

die Beweisfrist von Zeit der Publication des neuen Urtheils, nicht erst von der Zeit, da dieses rechtskräftig geworden, zu laufen anfange.

§. III.

Im Fall das Beweisinterlocut eine Auflage enthält, die vor weiterm Verfahren zu befolgen ist, kann die Beweisfrist nicht eher zu laufen anfangen, als bis jener Aufgabe ein Genüge geschehen ist. Der Fall kömmt vor, wenn der Beklagte dem Kläger verzögerliche Einreden, z. B. der noch nicht geleisteten Caution, noch nicht bewerkstelligten Legitimation entgegengestellt, der Richter sie gegründet befunden, und den Kläger schuldig erkannt hat, vor allen Dingen dem Gegner der Kosten wegen Sicherheit zu leisten, oder sich zur Sache oder zum Prozeß zu legitimiren.

Dieß hat dann keinen Zweifel, wenn es nicht der Beweisführer ist, welcher die Aufgabe erfüllen soll, sondern sein Gegner. Aber für den entgegengesetzten Fall nimmt die gewöhnliche Theorie das Gegentheil an [9]). Anders dachte Schaumburg [10]). Er läßt die Beweisfrist nicht eher zu laufen anfangen, als bis der richterlichen Aufgabe ein Genüge geschehen ist, ohne zwischen den Fällen, da es der Beweisführer ist, welcher jene Aufgabe erfüllen soll oder sein Gegner, zu unterscheiden.

Die gewöhnliche Theorie gründet sich auf den Satz: Mora sua nemini prodesse et alteri nocere debet.

Allein darauf kann es hier gar nicht ankommen. In dem angenommenen Falle soll der Prozeß nun einmal so lange ruhen, bis jene Aufgabe befolgt ist. Der Richter hat ja im Urtheil im Grunde selbst erklärt, daß der Zeitraum, während

---

9) *Leyser*, spec. 258. med. 7 et 8. *Koch*, diss. cit. §. 9. Danz a. a. O. §. 265. Meblen a. a. O. §.257. Gönner a. a. O.

10) Princ. prax. jur. jud. t. 1. S. 1. M. 2. Cap. 4. §. 6. n. 6. ibique nota.

dessen jene Aufgabe noch nicht befolgt ist, nicht mit eingerechnet, sondern die Beweisfrist erst nach deren Befolgung zu laufen anfangen soll. Und wenn er diesen seinen Willen auch nicht auf irgend eine Art zu erkennen gegeben hätte, bringt es schon die Ordnung des Prozesses von selbst mit sich, daß das Verfahren nicht fortgesetzt werden kann, so lange der Kläger den gegründet befundenen dilatorischen Einreden nicht abgeholfen hat. So lange dieß nicht geschehen, ist von der Einlassung auf die Klage, dem ganzen Streit und dem Beweis-Interlocut einstweilen gänzlich zu abstrahiren, so, als wären sie gar in der Welt nicht.

Es hat aber auch der Beweisführer von seiner Mora keinen Vortheil, der, wenn er blos zufällig ist, ohnehin gar nicht in Betrachtung kommen kann, wohl aber Nachtheil; denn ihm, dem Kläger, ist immer hauptsächlich daran gelegen, daß die Sache ihren ungehinderten Fortgang habe. Gesetzt indessen, er hätte Vortheil davon, so kann diese Rücksicht doch nicht bewirken, daß die Ordnung des Prozesses verändert werde.

Ja, wäre die gewöhnliche Theorie richtig, so würde nicht die Wirklichkeit, sondern schon die bloße Möglichkeit der Mora dem Beweisführer schaden. Denn die Beweisfrist soll nach dieser Theorie in dem angenommenen Fall schon mit der Publication des Urtheils anheben, also zu einer Zeit, wo gar noch von keiner Mora die Rede seyn kann.

§. IV.

Wenn gegen das Beweisurtheil ein Rechtsmittel eingewandt, und dieses binnen der vorgeschriebenen Frist nicht fortgesetzt worden, so soll, nach Koch [11]), die Beweisfrist nach Verschiedenheit der Umstände verschieden zu berechnen seyn.

1.) Der Beweisführer hat das Rechtsmittel eingewandt. Dann fängt, nach Koch, die Beweisfrist zu laufen an von der Zeit, da das Urtheil rechtskräftig ge-

11) Diss. cit. 1. 13.

worden, wogegen das Rechtsmittel eingewandt worden — oder, von der Zeit, da das Urtheil publicirt worden, je nachdem man sich zu der einen oder zu der andern der oben (§. 11. S. 255) vorgetragenen Theorieen bekennt. Es soll also in diesem Fall die Beweisfrist ebenso zu berechnen seyn, als wenn gar kein Rechtsmittel eingewandt wäre.

2.) Sein Gegner wendete es ein. Dann ist, nach Koch, die Beweisfrist von der Zeit an zu berechnen, da das über die Desertion gefällte Urtheil rechtskräftig geworden.

Zuvörderst ist zu bemerken: Wenn es heißt, das Urtheil müsse rechtskräftig geworden seyn, so meinen die Rechtsgelehrten, die zehn Tage müssen verstrichen seyn. Es wird also Rechtskraft des Urtheils mit der einen Art, wodurch sie hervorgebracht wird, verwechselt. Die Rechtskraft tritt freilich mit dem Ablauf des Decendii ein, wenn es ungenutzt verstreicht; sie kann aber auch vor Ablauf des Decendii eintreten, und oftmals tritt sie erst nach diesem Zeichen ein.

Was nun jene Behauptungen selbst betrifft, so glaube ich, fange die Beweisfrist in beiden Fällen zu laufen an von der Zeit, da die zur Fortsetzung des eingewandten Rechtsmittels vorgeschriebene Frist ungenutzt verstrichen ist. Ich behaupte also ebenfalls, was jene, den Worten nach, behaupten, nämlich, daß die Beweisfrist von Zeit der Rechtskraft des Urtheils an zu berechnen sey; aber ich beschränke meine Behauptung auf das Urtheil, wogegen das Rechtsmittel eingewandt worden, und verwechsele nicht, wie jene thun, Rechtskraft und Ablauf der zehn Tage.

Bei Berechnung der Beweisfrist gehen wir von dem Grundsatz aus, daß ein rechtliches Hinderniß, was den Beweisführer abhält, den Beweis anzutreten, den Anfang desselben verschiebt, bis es gehoben ist. Wenn nun ein Rechtsmittel gegen das Urtheil eingewandt, selbiges jedoch nicht fortgesetzt ist, so kann die Beweisfrist hiernach nicht eher zu laufen anfangen, als bis die zum Gebrauch desselben vorgeschriebene Frist verstrichen ist. Erst dann ist das Hinderniß gehoben,

was der Beweisantretung im Wege stand, und das Rechtsmittel erledigt. Die Rechtsgelehrten sind gegen den Beweisführer zu karg, und gegen seinen Gegner zu freigebig. Denn, das wollen wir sogleich, namentlich in Beziehung auf den zweiten Fall, hinzusetzen: es bedurfte keiner sententia desertoria, um das Hinderniß zu entfernen, was der Beweisantretung im Wege stand — das Hinderniß fiel weg, sobald das Fatale des Rechtsmittels verstrichen war. Wer die zum Gebrauch der Rechtsmittel vorgeschriebenen Fristen nicht beobachtet, dem erlöschen sie ipso jure. Wie es keiner sententia desertoria bedurfte, bedurfte es auch keiner rechtskräftigen. Ja, es kann bei dieser sogenannten sententia desertoria gar von keiner Rechtskraft die Rede seyn, indem sie kein wahres Urtheil, sondern ein bloßes Präclusivdekret ist, da sie von einem Urtheil allenfalls nur die äußere Form zur Schau trägt. Daher würde es auch beiläufig sehr unpassend seyn, wenn z. B. der Appellant ein Rechtsmittel dagegen einwenden wollte; vielmehr, wenn er sich nicht beruhigen will, hat er nichts nöthig zu thun, als Restitution gegen den Ablauf der Nothfrist nachzusuchen, und wenn er diese nur erlangt, kann er, zum Trotz der sententia desertoria, das für desert erklärte Rechtsmittel getrosten Muths fortsetzen.

Von dem zweiten Fall habe ich wohl genug gesagt. Was aber den ersten betrifft, so ist darüber insonderheit noch Einiges zu sagen übrig.

Koch beruft sich zum Beweise seiner Behauptung — „daß, wenn der Beweisführer das Rechtsmittel eingewandt hat, die Beweisfrist von der Zeit an zu berechnen sey, da daß Urtheil rechtskräftig geworden," d. h. in seinem Sinn, von Zeit des Ablaufs der zehn Tage — auf L. 5. §. 4. C. de appellat. Daselbst heißt es:

— — jubemus, eundem appellatorem, nisi observaverit judicium, et causam usque ad finem peregerit, sed et si per eum steterit, quominus omnia litis certamina impleantur, appellatione de-

fraudari, *et sententiam contra eum latam in suo robore durare et ad effectum perduci, tanquam si ab initio minime fuerit provocatum.*

Ich wüßte nicht, was uns berechtigen könnte, auf die letztern Worte des Kaisers mit Koch ein so großes Gewicht zu legen, da sie nichts anders aussagen, als daß es bei dem vorigen Urtheil verbleiben soll, wenn der Appellant sich an der zur Ausführung des Rechtsmittels vorgeschriebenen Frist versäumte. Wenigstens auf die im vorigen Urtheil vorgeschriebene Beweisfrist, welche der römische Prozeß nicht kennt, bei deren Berechnung wir, wie gesagt, von dem Grundsatz ausgehn, daß rechtliche Hindernisse den Anfang derselben verschieben, bis sie gehoben sind, scheint mir dieß ohne Einfluß zu seyn. Gesetzt aber, jene Worte könnten hier in Betrachtung kommen, so würden sie zuviel beweisen; denn es würde daraus folgen, daß die Beweisfrist nicht vom Ablauf der zehn Tage, sondern von Zeit der Publication des Urtheils an zu berechnen sey.

Ueberhaupt ist es seltsam, wenn behauptet wird, die Beweisfrist fange erst zu laufen an, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden und nicht zugleich, im Fall der Beweisführer das eingewandte Rechtsmittel desert werden läßt, sey die Beweisfrist von der Zeit an zu berechnen, da das Rechtsmittel desert geworden. Wäre Rechtskraft des Urtheils in dem einen Fall nöthig, so müßte sie es in dem andern Fall auch wohl seyn. Man kann aber nicht sagen, ein Urtheil sey rechtskräftig geworden, wenn dagegen ein Rechtsmittel eingewandt worden, so lange die Nothfrist nicht verstrichen ist, die für den wirklichen Gebrauch desselben vorgeschrieben ist.

Nur wenn man annimmt, wie §. I. S. 253 geschehen, die Beweisfrist fange an und für sich mit dem Tage zu laufen an, da das Urtheil bekannt gemacht worden, nur dann kann es zweifelhaft seyn, ob, im Fall der Beweisführer das von ihm eingewandte Rechtsmittel desert werden läßt, der Anfang der Beweisfrist nicht schon auf den Zeitpunkt der Publi-

cation des Urtheils zurückzurechnen sey. Die Einwendung des Rechtsmittels geschahe ja dann ganz vergebens, und es hing nur von dem Beweisführer ab, den Beweis auch schon früher anzutreten.

Dieser Einwand würde auch beim wirklichen Gebrauche des Rechtsmittels, wenn der Richter den vorigen Ausspruch bestätigte, möglich seyn. Indessen scheint zwischen beiden Fällen der Unterschied statt zu finden, daß, wenn der Beweisführer das Rechtsmittel nicht fortsetzt, er es von freien Stücken aufgibt, und der Nichterfolg des Rechtsmittels insoweit auf seiner Willkühr beruht.

Aber — wenn der Beweisführer, nachdem er einmal ein Rechtsmittel eingewandt, es nicht fortsetzt, kann schwerlich etwas anders gelten, als wenn ein solcher auf das eingewandte Rechtsmittel Verzicht leistet, in welchem Fall die Beweisfrist bekanntlich von Zeit der Verzichtleistung an berechnet wird. Ohne Gefahr der Ungerechtigkeit kann man die Beweisfrist nicht früher anfangen lassen, als bis die zum Gebrauch des Rechtsmittels vorgeschriebene Frist und zwar völlig verstrichen ist. Es ist möglich, daß er bis zum letzten Augenblick Gründe hatte, sich für verletzt zu halten; und diese Möglichkeit ist hier schon genug. Mag es auch seyn, daß er in einzelnen Fällen den Vorsatz schon früher faßte, das Rechtsmittel nicht zur Ausführung zu bringen, den er auch wieder ändern kann, dieses kann nicht in Betrachtung kommen; genug, daß er diesen Vorsatz auf keine Weise erklärt oder zu erkennen gegeben.

Die Unhaltbarkeit der gewöhnlichen Theorie wird durch folgende Betrachtung bestätigt: „Wäre die gewöhnliche Theorie richtig, so würde dem Beweisführer, der das Rechtsmittel nicht fortsetzte, das Rechtsmittel und der Beweis zugleich desert werden, da die zum Gebrauch des Rechtsmittels vorgeschriebene Frist länger dauert, als die Beweisfrist, und eben dadurch in die Klemme gebracht, würde er gezwungen seyn, das Rechtsmittel fortzusetzen, sollte sich seine Ansicht, daß er verletzt sey, auch geändert haben.